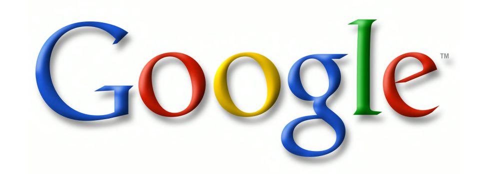


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/

3 2044 103 198 586

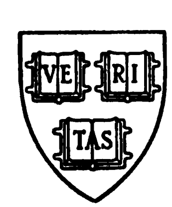
KIPP

Rechtswahrnehmung und Reurecht

HARVARD
LAW
LIBRARY

Digitized by Google

GER
991
KIP



HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

RECHTSWAHRNEHMUNG UND REURECHT.

Von

Dr. Theodor Kipp,
ord. Professor an der Universität Berlin.

Sonderausgabe aus der
Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin
zum 50 jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden,
des Wirklichen Geheimen Rats Dr. Richard Koch.



Berlin 1903.
Verlag von Otto Liebmann,
Buchhandlung für Rechts- und Staatswissenschaften,
W. Steglitzerstraße 58.

Digitized by Google

OTTO LIEBMANN, Verlagsbuchhandlung, BERLIN W.

FESTGABE

DER JURISTISCHEN GESELLSCHAFT ZU BERLIN

ZUM 50 JÄHRIGEN DIENSTJUBILÄUM

SEINER EXZELLENZ, DES WIRKLICHEN GEHEIMEN RATS,
PRÄSIDENTEN DES REICHSBANK-DIREKTORIUMS

Dr. RICHARD KOCH.

452 Seiten. Nebst einem Porträt des Jubilars. M. 12.—; eleg. geb. M. 14.50.

Inhaltsangabe des ganzen Werkes:

ZUR GESCHICHTE DER JURISTISCHEN GESELLSCHAFT ZU BERLIN. Von Dr. **Hugo Neumann,** Rechtsanwalt beim Kammergericht zu Berlin.

SOZIALE UND WIRTSCHAFTLICHE AUFGABEN DER ZIVILPROZESS-GESETZGEBUNG. Von Dr. **Felix Vierhaus,** Geh. Oberjustizrat und vortr. Rat im preuß. Justizministerium, ordentl. Honorarprofessor, Berlin.

BETRACHTUNGEN ÜBER DIE EIGENTÜMERHYPOTHEK. Von **Wilh. Kindel,** Senatspräsidenten beim Kammergericht zu Berlin.

RECHTSWAHRNEHMUNG UND REURECHT. Von Dr. **Th. Kipp,** ord. Professor an der Universität Berlin.

DER QUITTUNGSTRÄGER. Von Dr. **Hugo Keyssner,** Geheimem Justizrat, Kammergerichtsrat a. D. zu Berlin.

DAS RECHT ZUM BESITZE. Von Dr. **Martin Wolff,** a. o. Professor an der Universität Berlin.

AUS DEN GRENZGEBIETEN DER FREIWILLIGEN UND DER STREITIGEN GERICHTSBARKEIT. Von Kammergerichtsrat **L. Busch** zu Berlin.

DIE GESTALTUNGSRECHTE DES BÜRGERLICHEN RECHTS. Von Dr. **Emil Seckel,** ord. Professor an der Universität Berlin.

VOM BANK- UND GESCHÄFTSWESEN DER PAPYRI DER RÖMERZEIT. Von Dr. **O. Gradenwitz,** Professor an der Universität Königsberg i. Pr.

HANDELSVERTRÄGE ZWISCHEN GENUA UND NARBONNE IM 12. UND 13. JAHRHUNDERT. Von Dr. **J. Kohler,** ord. Professor an der Universität Berlin.

ZUR AUFSICHTSRATSFRAGE. Von Dr. **Riesser,** Geh. Justizrat, Bankdirektor zu Berlin.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen sowie direkt vom Verlage.

Fortsetzung auf Seite 3 dieses Umschlages.



RECHTSWAHRNEHMUNG UND REURECHT.

Von

Dr. Theodor Kipp,

ord. Professor an der Universität Berlin.

*

Sonderausgabe aus der
Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin
zum 50 jährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden,
des Wirklichen Geheimen Rats Dr. RICHARD KOCH.



Berlin 1903.
Verlag von Otto Liebmann,
Buchhandlung für Rechts- und Staatswissenschaften,
W. Steglitzerstraße 58.

GER 911 KI.12

Digitized by Google

Forty
K

Alle Rechte, einschließlich des Übersetzungsrechts, vorbehalten.

12/38/38

Druck von Breitkopf & Härtel in Leipzig.

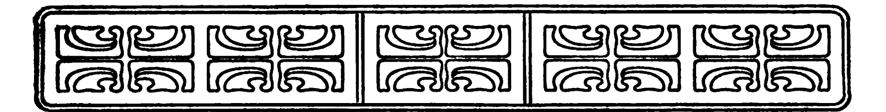
Digitized by Google



Inhaltsverzeichnis.



Digitized by Google



Im praktischen Rechtsleben spielen eine bedeutende Rolle Erklärungen mannigfaltiger Art, mittels deren eine Partei gegenüber der anderen ihr Recht verfolgt oder sonst ihre Rechtsstellung wahrt. Dabei ist nicht sowohl an bloße Behauptungen und Bestreitungen, als vielmehr an solche Erklärungen gedacht, welche vom Gesetz mit rechtlicher Erheblichkeit ausgestattet sind. Der Kreis dieser Erklärungen ist groß. In ihn gehören vorbereitende Schritte, wie die Mängelanzeige beim Kauf (BGB. 478), die Anzeige von Verlust oder Beschädigung an den Gastwirt (703), aber auch Willenserklärungen von sehr verschiedenem Inhalt: die Mahnung (284), ihr selteneres Seitenstück, die Abmahnung, so die des Eigentümers, des Verpfänders an den seine Rechte verletzenden Nießbraucher oder Pfandgläubiger (1053, 1054, 1217), oder die des Vermieters gegenüber dem Mieter, der von der Sache einen vertragswidrigen Gebrauch macht (550, 553); verwandt der Mahnung, aber doch verschieden von ihr die Anzeige an den Zeitbürgen, daß man ihn in Anspruch nehme (777), eine Willenserklärung, obwohl im Gewande einer Anzeige; dann die Fristsetzungen, zu denen das BGB. nicht selten eine Partei der andern gegenüber ermächtigt, wie die Setzung einer Frist zur Naturalherstellung gegenüber dem Schadensersatzpflichtigen mit der Erklärung, daß der Gläubiger nach Ablauf der Frist die Herstellung ablehne (250), die Bestimmung einer Frist zur Urteilserfüllung (283), einer Nachfrist gegen den im Verzuge befindlichen Gegner bei gegenseitigen Verträgen (326), beides wiederum mit Androhen der Ablehnung verspäteter Leistung.

Kann man die bisher genannten Erklärungen Beispiele von Angriffserklärungen nennen, so bieten Beispiele für Verteidigungserklärungen etwa die Zurückweisung einer einseitigen Erklärung eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten mangels Vorlage schriftlicher Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (111; ähnlich 174), die Zurückweisung der Rücktrittserklärung mangels Entrichtung des Reugeldes,

Digitized by Google

gegen dessen Zahlung der Rücktritt vorbehalten war (359), der Widerspruch gegen die Geltendmachung der Hypothek, weil der Gläubiger nicht den Brief und die sonst erforderlichen Urkunden vorlegt, die Zurückweisung einer Mahnung aus dem gleichen Grunde (1160), die Bestimmung einer Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts mit der Wirkung des Ausschlusses im Falle der Versäumnis der Frist (355). Die Anfechtung in ihrem weitgesteckten Gebiete kann rein defensiven Charakter haben, wenn sie nämlich nur ein Recht des Gegners vernichtet; aber sie kann auch aggressiv sein, insofern sie geeignet ist, dem Anfechtenden einen Anspruch zu verschaffen: wie bei Anfechtung eines Erlaßvertrages, einer Eigentumsübertragung usw. Die Aufrechnung, insofern sie den Anspruch vernichtet, gegen welchen aufgerechnet wird, ist defensiver Natur; insofern sie dem Anspruch Befriedigung verschafft, mit welchem aufgerechnet wird, könnte man sie aggressiv nennen. Defensiv ist die Leistungsweigerung des Einredeberechtigten.

Diese Beispiele werden genügen, um den Kreis von Erklärungen zu kennzeichnen, von dem hier die Rede sein soll. Und zwar gehen wir darauf aus, die wichtige und im BGB. nicht genügend beantwortete Frage zu untersuchen, inwieweit, wer eine derartige Erklärung zur Wahrung oder Verfolgung seines Rechts abgegeben hat, an sie gebunden ist, und inwieweit er imstande ist, von ihr abzugehen, sei es in der Absicht, auf die Vorteile, die sie ihm gebracht hat, rein zu verzichten, sei es in dem Wunsche, sein Recht auf einem andern Wege zu verfolgen, der ihn jetzt der bessere dünkt.

I.

Allerdings gibt es in dem beschriebenen Gebiete von Erklärungen manche, deren definitive, unwiderrufliche Natur ohne weiteres klar erscheint. Dahin gehört die Anfechtung; denn sie vernichtet rückwirkend das anfechtbare Geschäft (142), und folglich kann dieses nur neu errichtet, nicht aber durch Zurücknahme der Anfechtung wieder ins Leben gerufen werden. Freilich hält Dernburg[1] es für praktisch zweckmäßiger, die Zurücknahme einer Anfechtung unter Zustimmung des Anfechtungsgegners anzuerkennen. Tue man dies, so könne man

[1] Dernburg, Das bürgerliche Recht I S. 355.

Digitized by Google

in der nachträglichen, unter Zustimmung des Anfechtungsgegners erfolgten Bestätigung des angefochtenen Geschäfts eine Zurücknahme der Anfechtung finden und der Bestätigung volle Folge geben, so daß sie nicht als erneute Vornahme des Geschäfts gelte, also nicht der Form der erneuten Vornahme des Geschäfts bedürfe. Was damit für praktisch zweckmäßiger erklärt wird, scheint Dernburg auch als geltendes Recht in Anspruch nehmen zu wollen. Ich glaube aber nicht, daß ihm hierin beigetreten werden kann. Vielmehr ist daran festzuhalten, daß eine Bestätigung nach erfolgter Anfechtung zu spät kommt, auch wenn sie die Zustimmung des Anfechtungsgegners findet. Man kann die vertragsmäßige Bestätigung des anfechtbaren und angefochtenen Geschäfts im besten Falle als eine vertragsmäßige Anerkennung seiner Gültigkeit behandeln. Aber auch dann kommt man vom Standpunkte des geltenden Rechts aus nicht weiter, als daß die Vertragschließenden obligatorisch gehalten sind, einander so zu behandeln, als wäre das Geschäft gültig geschlossen. M. a. W. man käme zu einer an sich nur obligatorischen Wirkung (und zwar auch Rückwirkung) der vertragsmäßigen Bestätigung; dinglich würde die Anerkennung hier wie immer nur wirken können, wenn diejenigen Voraussetzungen dinglicher Rechtswirkung, die außer der Einigung gegeben sein müssen, gegeben sind oder geschaffen werden. Ist jemandem anfechtbar Eigentum an einer beweglichen Sache übertragen, die Anfechtung erfolgt, und soll nun die Eigentumsübertragung vertragsmäßig bestätigt werden, so kann das nur geschehen unter der Voraussetzung, daß der Empfänger noch im Besitze ist (929 S. 2) oder ihm die etwa von ihm bereits zurückgelieferte Sache aufs neue übergeben wird. Und auch dann wird er Eigentümer erst von dem Augenblick der Bestätigung oder vielmehr des Zusammentreffens aller Voraussetzungen der neuen Eigentumsübertragung an; eine dingliche Rückwirkung können die Parteien nicht herbeiführen. Aber nicht nur eine dingliche Wirksamkeit des Bestätigungsvertrages hängt von der Herstellung der vollen Voraussetzungen dinglichen Rechtserfolges ab, sondern auch nach der obligatorischen Seite hin bedarf jener Vertrag der vollen, für das zu bestätigende Geschäft vorgeschriebenen Formen, insbesondere bei einem Vertrage auf Grundstücksübereignung der Form des § 313 BGB. Unter gewissen Umständen freilich kann diese Form erspart werden. Wenn jemand durch betrügerische Vorspiegelungen über den Ertrag seines Hauses einen Käufer für

Digitized by Google

dasselbe anlockt und nach gerichtlichem oder notariellem Kaufvertrage die Auflassung stattfindet, dann der Käufer, nachdem er sich von dem Minderertrage überzeugt hat, das Kaufgeschäft anficht, so fällt es ihm natürlich nicht ein, die Auflassung anzufechten, weil er damit seine dingliche Sicherheit ohne Not aus der Hand gäbe (er könnte die Auflassung auch gar nicht anfechten). Gesetzt nun, der Verkäufer bewegt den Käufer durch eine Geldabfindung, die Anfechtung zurückzunehmen, so entsteht die Frage, ob es hier des erneuten Vollzuges der Form des § 313 bedarf. Dies ist zu verneinen. Denn wie die nachfolgende Auflassung und Eintragung des neuen Eigentümers den Formmangel des vorangegangenen obligatorischen Kaufgeschäftes heilt, so muß m. E. auch angenommen werden, daß einer zu Recht bestehenden Auflassung und Eintragung ohne weitere Form nachträglich eine obligatorische Grundlage geschaffen werden kann.

Sind wir aber der Ansicht, daß eine Zurücknahme der Anfechtung selbst mit Zustimmung des Gegners rechtlich nicht möglich ist, so müssen wir dasselbe um so mehr behaupten für den Fall, der für unsere Untersuchung der wichtigere ist, nämlich für den Fall der einseitigen Zurücknahme, deren Möglichkeit übrigens auch Dernburg nicht behauptet.

Ebenso kann ein Vertrag, von dem ein Teil rechtmäßig zurückgetreten ist, nur neu geschlossen, der Rücktritt aber nicht einseitig zurückgenommen werden. Dies gilt sowohl dann, wenn noch kein Teil geleistet hatte, der Rücktritt also nur die beiderseitigen Verbindlichkeiten vernichtet hat — denn sie können nach § 305 BGB. nur durch Vertrag wieder ins Leben gerufen werden — wie dann, wenn bereits Leistungen erfolgt waren — denn die entstandenen Rückleistungsverbindlichkeiten können nur durch Vertrag wieder beseitigt werden (397). Entsprechend ist es auch völlig zweifellos, daß eine geschehene Aufrechnung nicht einseitig widerrufen werden kann; denn die einmal gemäß § 389 getilgten Verbindlichkeiten können nur durch Vertrag neu begründet werden.

Unwiderruflich ist auch die Zurückweisung eines einseitigen Rechtsgeschäfts mangels Vorlage der Vollmacht oder der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters (174, 111); denn sie macht jenes Rechtsgeschäft — und zwar rückwirkend — unwirksam, woraus unweigerlich folgt, daß nur möglich ist, es nach Zurücknahme der Beanstandung zu wiederholen, nicht aber die Zurücknahme das Geschäft zu Kräften bringt. Dasselbe gilt von der

Digitized by Google

Zurückweisung einer Hypothekenkündigung oder Mahnung wegen Nichtvorlegung des Hypothekenbriefs (1160). Alle diese Sätze entfließen dem einfachen und wohl allseitig anerkannten Prinzip, daß ein Rechtsgeschäft, sobald es in Kraft getreten ist, d. h. also im allgemeinen mit Zugang an den Gegner, die ihm eigentümlichen Wirkungen hervorbringt, und die damit geschaffene Rechtslage nur auf eine vom Gesetz anerkannte Weise wieder verändert, durch Widerruf des Rechtsgeschäfts also nur dann aufgehoben werden kann, wenn das Gesetz den Widerruf des Geschäfts besonders zuläßt.

II.

Nun handelt es sich aber bei der in Rede stehenden Gruppe von Erklärungen keineswegs immer um Rechtsgeschäfte. Solche sind nur Erklärungen, die durch ihren Inhalt Rechtsfolgen setzen. Erklärungen anderen Inhalts sind Rechtsgeschäfte auch dann nicht, wenn Rechtsfolgen von ihnen abhängen. Inwieweit solche nicht rechtsgeschäftliche Erklärungen zurückgenommen werden können, bedarf der Untersuchung, und es ist nicht immer auf den ersten Blick klar, ob man es mit einer rechtsgeschäftlichen oder einer nicht rechtsgeschäftlichen Erklärung zu tun hat. Sprechen wir zunächst von den rechtswahrenden Anzeigen und Mitteilungen, die zahlreich im BGB. erscheinen. Hierbei sind drei Gruppen zu sondern. Es kann sich um wirkliche Anzeigen geschehener Tatsachen handeln, aber es kann auch die Anzeige Surrogat dessen sein, was angezeigt wird. So, um ein vorläufiges Beispiel zu geben, im Falle der Anzeige vom Erlöschen einer Vollmacht, falls diese widerruflich ist (170). Endlich kann auch von einer Absicht des Anzeigenden Mitteilung gemacht werden.

In der ersten Gruppe ist Zurücknahme der Anzeige, die keinerlei Dispositivakt enthält, nur in dem Sinne eines Zugeständnisses der Unrichtigkeit ihres Inhalts denkbar. Dem Gast ist Wäsche abhanden gekommen; er macht dem Wirt unverzüglich Anzeige davon. Bei wiederholtem Nachzählen kommt er zu der Ansicht, daß nichts fehlt, und er nimmt daher die erste Anzeige zurück. Damit wird die Anzeige nicht ungeschehen gemacht, es wird, wenn sie der Wahrheit entsprach, der Gastwirt keineswegs durch die Zurücknahme von seiner Haftung ohne weiteres entlastet. Ein negativer Anerkenntnisvertrag über den Anspruch ist nicht geschlossen; ein Vertrag, daß der Gast sich so behandeln lassen wolle, als habe er die

Digitized by Google

Anzeige nicht erstattet, ist gleichfalls nicht geschlossen; der Gast kann, wenn sich die Anzeige trotz der Zurücknahme schließlich doch als das Richtige herausstellt, seinen Anspruch verfolgen, wenn er nur unverzüglich nach der neubefestigten Überzeugung von dem Verluste die Anzeige wiederherstellt. Im übrigen unterliegt es der Würdigung aus § 254, inwieweit es dem Anspruch des Gastes entgegensteht, daß er durch sein falsches Zugeständnis eine Zeitlang die Nachforschungen unterbrochen hat. Daß unter Umständen nach Parteiwillen die im Einverständnis mit dem Gegner erfolgte Zurücknahme der Anzeige einen Erlaßvertrag darstellen kann, ist natürlich nicht zu bezweifeln.

Ähnlich steht es mit der Zurücknahme der Mängelanzeige beim Kauf. Daß diese Anzeige nicht ein bloßes Erzählen von den Mängeln sein darf, sondern daß aus ihr für den Empfänger klar hervorgehen muß, der Käufer behalte sich seine Rechte wegen des Mangels vor, ist mit Dernburg[1] unzweifelhaft anzunehmen. Damit wird sie aber nicht zu einer Willenserklärung, sondern bleibt eine tatsächliche Anzeige, deren rechtlicher Hintergrund nur deutlich gemacht wird. Ein Widerruf der Anzeige kann also auch seinerseits nicht den Charakter des Widerrufs einer Willenserklärung, sondern nur den eines Zugeständnisses der Unrichtigkeit der Anzeige haben. Ein solches — außergerichtlich abgelegtes — Geständnis kann aber nicht für verbindlich angesehen werden. Also muß man zu dem Ergebnis kommen, daß eine zurückgenommene Mängelanzeige wiederhergestellt werden kann. Die Wiederherstellung muß jedoch vor Ablauf der Verjährung geschehen, um einredeerhaltend im Sinne von § 478 wirken zu können. Ebenso muß sie beim Viehhandel innerhalb der zwei Tage des § 485 erfolgen, wenn sie rechtserhaltend wirken soll. Unter Umständen freilich ist auch hier anzuerkennen, daß die Zurücknahme der Mängelanzeige Ausdruck des Verzichtswillens in bezug auf die Mängelrechte ist; der Verzicht ist aber nur als vertragsmäßiger bindend (397).

Bekanntlich muß der Antragende, wenn die Annahmeerklärung rechtzeitig abgesandt, aber in der Beförderung verspätet ist, falls er dies erkennen mußte, dem Annehmenden die Verspätung der Ankunft der Annahme unverzüglich an-

[1] Dernburg, Das bürgerliche Recht II 2 S. 72 Anm. 10, das Recht VII (1903) S. 137 f.

Digitized by Google

zeigen. Verzögert er die Absendung dieser Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet (149). Kann der Antragende, nachdem die Anzeige dem Annehmenden zugegangen ist, dieselbe widerrufen, sei es, weil wirklich die Annahme rechtzeitig eingetroffen war, sei es, weil er sich nachträglich entschlossen hat, sie als rechtzeitig erfolgt gelten zu lassen? In dem ersten Falle, wenn die Annahme rechtzeitig eingetroffen war, muß die Zurücknahme der irrigen Behauptung, daß sie verspätet sei, zugelassen werden. Man muß freilich bedenken, daß der Annehmende aus der Anzeige herauslesen mußte, der Antragsteller wolle von dem Vertrage nichts wissen, und demgemäß vielleicht andere geschäftliche Dispositionen getroffen hat. Dies reicht aber nicht aus, um den Schluss zu ziehen, daß die unrichtige Anzeige von angeblicher Verspätung der Annahme den Annehmenden von dem Vertrage entbinde. Man müßte sonst zu dem Ergebnis kommen, daß auch jede andere unrichtige Bestreitung der Gültigkeit eines Vertrages dem Gegner das Recht gäbe, den Vertrag als nicht geschlossen zu behandeln. Nur das ist sicher, daß, solange die Bestreitung stehen bleibt, dem Gegner aus der Nichterfüllung des Vertrages kein Vorwurf zu machen ist, insbesondere also kein Verzug eintritt (285), auch wenn dieser sonst ohne Mahnung einträte. Disponiert der Gegner infolge schuldhafter Bestreitung der Gültigkeit des Vertrages über das Vertragsobjekt anderweitig und macht sich so die Erfüllung unmöglich, so ist im gegenseitigen Vertrage zu Lasten des Bestreitenden § 324 anwendbar, denn man muß sagen, daß die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich geworden ist, den der Gläubiger zu vertreten hat. Wird aber die Bestreitung (hier die falsche Anzeige von angeblicher Verspätung der Annahme) zurückgenommen, während res integra ist, so kann der Gegner sich der Vertragserfüllung nicht weigern. Selbstverständlich kann auch der Gegner trotz einer selbst entschuldbaren Bestreitung der Gültigkeit des Vertrages den Annahmeverzug herbeiführen, der Verschulden des Gläubigers nicht voraussetzt; und zwar genügt wörtliches Angebot (295), denn in dem Bestreiten der Existenz des Vertrages liegt natürlich die Erklärung, die Leistung nicht annehmen zu wollen. Anders ist zu entscheiden, wenn die Anzeige von der Verspätung der Annahme der Wahrheit entspricht. Dann ist der Vertrag durch die Verspätung der Annahme gescheitert; das Eintreten der Fiktion des § 149 S. 2 ist durch die Anzeige

Digitized by Google

definitiv ausgeschlossen, der Vertrag kann nur neu errichtet werden. Ein Widerruf der Anzeige, nachdem sie dem Annehmenden zugegangen ist, ist somit nicht möglich. Danach weist die Anzeige von der Verspätung der Annahme, obwohl in dem Gewande der bloßen Mitteilung, doch sachlich als ein rechtswirksamer Protest gegen das Zustandekommen des Vertrages eine nahe Verwandtschaft zu den Rechtsgeschäften auf.

Eine zweite Gruppe der Anzeigen und Mitteilungen bilden, wie bemerkt, die, deren rechtliche Wirksamkeit von der Wahrheit des Angezeigten unabhängig ist. So ist es in einer ganzen Reihe von Fällen, z. B. bei der Kundmachung der Vollmacht durch besondere Mitteilung oder öffentliche Bekanntmachung (171); sie wirkt, auch ohne daß Bevollmächtigung stattgefunden hat, wie die Bevollmächtigung selbst (171). Die Vollmacht, die durch Erklärung gegenüber einem Dritten erteilt war, bleibt ihm gegenüber in Kraft, bis ihm ihr Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird (170). Kein Zweifel, daß diese Mitteilung auch dann die Vertretungsmacht dem Dritten gegenüber vernichtet, wenn irgend ein Grund des Erlöschens der Vollmacht sich nicht zugetragen hat. Dieser Satz gilt freilich nur unter der Voraussetzung der Widerruflichkeit der Vollmacht, eine Voraussetzung, die aber bekanntlich sehr regelmäßig zutrifft. Die Mitteilung von dem Erlöschen der Vollmacht ist ebenso eine durchsichtig verschleierte Art ihres Widerrufs (vgl. 168 S. 3, 167 Abs. 1), wie die Kundmachung der angeblich erteilten Vollmacht eine Art der Erteilung der Vollmacht ist. Ebenso ist die Anzeige von der Abtretung einer Forderung im Verhältnis zwischen dem Anzeigenden und dem Schuldner ein Surrogat der Abtretung selbst. Der Anzeigende muß die Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht stattgefunden hat oder nicht wirksam ist (409). Entsprechendes gilt bei der Anzeige des Vermieters von der Übertragung des Eigentums an dem vermieteten Grundstück (576). Anzeigen von solchem Charakter sind durchaus wie Rechtsgeschäfte zu behandeln, und nur insoweit widerruflich, als das Gesetz die Möglichkeit einer Zurücknahme ergibt (vgl. 576, 409, 168, 171). Wir verweilen hierbei nicht länger, weil unter den Anzeigen dieser Art sich solche selten finden, die man als rechtswahrnehmende Akte bezeichnen könnte. Immerhin läßt sich zu den Akten dieser Art die Mitteilung von dem Erlöschen einer Vollmacht rechnen. Auch die Mitteilung des Vermieters von der Eigentumsübertragung hat insofern den Charakter eines rechtswahrnehmenden

Digitized by Google

Aktes, als der Vermieter den Zweck verfolgt, gemäß § 571 Abs. 2 S. 2 von der Haftung gegenüber dem Mieter loszukommen.

Die dritte in Betracht zu ziehende Gruppe von Anzeigen bilden die Ankündigungen einer auf Rechtsverfolgung gerichteten Absicht des Anzeigenden. Hat sich ein Bürge für eine bestehende Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit verbürgt, so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger die Einziehung der Forderung ohne schuldhaftes Zögern nach näheren Anforderungen des Gesetzes betreibt, und ohne schuldhaftes Zögern nach der Beendigung des Verfahrens gegen den Hauptschuldner dem Bürgen anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme (777). Das Pfandrecht an einer Forderung erstreckt sich auf deren Zinsen. Die Zinsforderungen werden aber mit Ablauf eines Jahres nach Eintritt der Fälligkeit von der Haftung frei, wenn nicht der Gläubiger vorher dem Zinsschuldner anzeigt, daß er von seinem Einziehungsrechte Gebrauch mache (1289, vgl. 1123; s. auch 1124, 1125). Das sind Anzeigen von einer bevorstehenden Rechtsausübung. Sie sind noch nicht das unmittelbare Verlangen des Gehorsams gegenüber dem Gläubigerrechte, nicht das Verlangen der alsbaldigen Leistung, nicht eine Mahnung. Sie zwingen den Anzeigenden natürlich nicht, demnächst von seinem Recht wirklich Gebrauch zu machen.

Die Frage aber, die uns hier beschäftigt, ist die, ob die Anzeige mit der Wirkung einseitig zurückgenommen werden kann, daß alles so angesehen wird, als sei sie niemals erfolgt, also mit der Wirkung, daß die Haftung des Bürgen als erloschen, die Zinsforderung als pfandfrei geworden gilt. Ich glaube, daß diese Frage für den ersten der obigen Fälle zu verneinen ist. Ist die Anzeige einmal rechtzeitig erfolgt, so hat sie die Bürgschaftsverpflichtung gegen den ihr drohenden Untergang gedeckt, und will der Gläubiger den Bürgen entlassen, so muß zum Erlaßvertrage gegriffen werden, wobei natürlich zu beachten ist, daß in der Erklärung, den Bürgen nicht in Anspruch nehmen zu wollen, das Angebot eines solchen Vertrages liegen kann. Wollte man einseitige Zurücknahme mit Wirksamkeit ausstatten, so würde man in Ermangelung einer Zeitgrenze im Widerspruch mit dem, dem Vertragserfordernis beim Erlaß zugrunde liegenden Prinzip für ungemessene Zeit die Existenz der Forderung gegen den Bürgen von dem einseitigen Willen des Gläubigers abhängig machen.

Digitized by Google

In dem zweiten Falle entzieht sich die Frage, welche Wirkung die Zurücknahme der Anzeige haben würde, der reinen Beantwortung. Denn der Pfandgläubiger kann das Pfandrecht an der Zinsforderung, wie jedes andere, durch einseitige Erklärung aufgeben (1273 Abs. 2, 1255 Abs. 1). Er kann also auch in wirksamer Verzichtsabsicht die Anzeige zurücknehmen, daß er von seinem Einziehungsrechte Gebrauch mache. Das Recht der einseitigen Disposition des Gläubigers über sein Pfandrecht wird aber auch zur Anerkennung des Satzes nötigen, daß der Pfandgläubiger, auch wenn er nicht die positive Verzichtsabsicht hat, durch Zurücknahme der Anzeige das Pfandrecht in die Gefahr des Untergangs mit Ablauf des Jahres zurückgeben kann. Es wird darauf ankommen, ob am Ende des Jahres die Anzeige des Gläubigers, daß er von seinem Einziehungsrechte Gebrauch mache, aufrecht steht.

In gewissen Fällen verlangt das BGB. zur Abwendung der Gefahr des Untergangs eines Rechts, daß dasselbe bei einer bestimmten Gelegenheit vorbehalten wird. Dies ist von der Anzeige der Absicht der Rechtsausübung verschieden. Ist eine Vertragsstrafe für den Fall nicht gehöriger Leistung bedungen, so kann der Gläubiger neben der Erfüllung die Strafe nur dann verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme der Erfüllung vorbehält (341 Abs. 3). Beim Kauf gehen die Rechte auf Wandelung, Minderung, Schadenersatz wegen arglistig verschwiegener oder einer Zusicherung widersprechender Mängel unter, wenn der Käufer, der einen Mangel bei der Annahme kennt, sich nicht seine Rechte wegen desselben bei der Annahme vorbehält (464). Ähnliches gilt beim Werkvertrage (640). Liegt hier eine Ankündigung der Absicht der Rechtsausübung vor? Ich glaube kaum. Sich seine Rechte vorbehalten, heißt erklären, daß man sie behalten wolle, womit darüber, ob man sie ausüben werde, noch nichts gesagt ist. Der Sinn des Vorbehalts ist: Deckung der Rechte gegen den sonst zu befürchtenden Untergang. Demnach ist der Vorbehalt ein echtes Rechtsgeschäft, welches den Untergang der Rechte abwendet. Sollen sie nach Vollendung der Annahme zum Untergang gebracht werden, so ist Zurücknahme des Vorbehalts dazu kein geeignetes Mittel.

III.

Von den Ankündigungen der Absicht künftiger Rechtsausübung verschieden sind die Erklärungen, welche die gegen-

Digitized by Google

wärtige Ausübung eines Rechts auf ein Verhalten des Gegners darstellen, die Erklärungen, welche Gehorsam für ein bestehendes Recht dieser Art fordern. Dahin gehört vor allem die Mahnung. Sie ist kein Rechtsgeschäft und zwar deswegen, weil sie nicht durch ihren Inhalt die Folge des Verzuges setzt, sondern ihr Inhalt nur das Verlangen der Befriedigung wegen der Forderung ist. Der Verzug ist auch nicht einmal die unmittelbare Folge der Mahnung. Er tritt erst ein, wenn das Zeitminimum fruchtlos verstrichen ist, welches ausgereicht hätte, die Leistung zu bewirken. Dies ist unzweifelhaft so, trotzdem das Gesetz sagt, wenn der Schuldner auf die Mahnung nicht leiste, so komme er durch die Mahnung in Verzug (284). Damit kommt nur zum Ausdruck, daß mangels Leistung der Verzug von der Mahnung an datiert wird; das ändert aber daran nichts, daß erst das Ausbleiben sofortiger Leistung im Anschluß an die Mahnung den Verzug begründet. Sieht man aber auch die Mahnung als den eigentlichen Grund des Verzuges an, so kann doch kein Zweifel darüber sein, daß er eine gesetzliche Folge der Mahnung ist, die durch ihren Inhalt keineswegs gefordert wird. Aus gleichartigen Erwägungen ergibt sich, daß auch die Abmahnung von rechtswidrigem Verhalten, wie sie dem Eigentümer gegenüber dem Nießbraucher, dem Verpfänder gegenüber dem Pfandgläubiger, dem Vermieter gegen den Mieter zusteht, nicht Rechtsgeschäft ist, trotzdem sich an die Nichtbefolgung Rechtsfolgen: das Recht, die Anordnung einer Verwaltung zu beantragen (1054), die Hinterlegung des Pfandes zu verlangen (1217), das Kündigungsrecht (553) anknüpfen.

Es muß nun grundsätzlich behauptet werden, daß Willenserklärungen, die nach ihrem Inhalt nur Gehorsam für ein bestehendes Recht verlangen, jederzeit mit Wirkung für die Zukunft zurückgenommen werden können. Dies folgt aus dem innersten Wesen des subjektiven Rechts. Mag der Verzicht auf das Recht fremder Zustimmung bedürfen, wie bei der Forderung der Zustimmung des Schuldners, oder mag er ganz ausgeschlossen sein, wie bei dem Anspruch auf künftigen Unterhalt unter Verwandten gerader Linie (1614); das ändert nichts daran, daß die jeweilige Geltendmachung des Rechts ausschließlich im Belieben des Berechtigten steht. Denn die Frage der Verzichtbarkeit ist nur die Frage, in wie weit der Berechtigte sich der Möglichkeit berauben kann, sein Recht auszuüben, auch wenn er es ausüben möchte. Aber sein Recht

Digitized by Google

gegenwärtig auszuüben, wenn er nicht will, ist der Berechtigte niemals gezwungen, auch dann nicht, wenn er erklärt hat, es ausüben zu wollen. Wer heute erklärt hat, er verlange sein Geld, kann morgen sagen, daß er es nicht, oder zur Zeit nicht, haben wolle, und er beendet damit den Verzug des Schuldners. Aber die Zurücknahme der Mahnung wirkt auch nur für die Zukunft. Die Obligation hebt sie nicht auf. Auch der Anspruch auf das inzwischen aufgelaufene Verzugsinteresse wird durch Zurücknahme der Mahnung nicht getilgt und die Steigerung der Haftung des Schuldners, soviel die Zwischenzeit angeht, nicht aufgehoben. Wenn der Käufer um Ablieferung der Kaufsache gemahnt hat und am folgenden Tage schreibt, der Verkäufer möge die Sache einstweilen noch behalten, die Sache aber zwischen der Mahnung und ihrer Zurücknahme durch Zufall untergegangen ist, so haftet der Verkäufer auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. Aber für die Zeit nach der Zurücknahme der Mahnung hat der Schuldner kein Verzugsinteresse zu leisten, und für diese Zeit ist seine Haftung in Ansehung des Schuldgegenstandes wieder die normale.

In den Quellen des römischen Rechts ist über diese Dinge freilich nicht alles klar. Scävola (D. XXII, 1, 47) respondierte, daß wenn der Schuldner sich zur Übernahme des Prozesses erbiete, der Gläubiger aber damit zögere, der Schuldner nicht in mora komme. Ich würde nicht wagen, diese Entscheidung auch für das BGB. zu verteidigen. Der Gläubiger, der nicht Mut oder nicht Geld genug hat, um den Prozeß anzufangen, nimmt damit die Mahnung keineswegs zurück und entlastet den Schuldner nicht von den Folgen des Verzuges. Nur dann treten diese Folgen nicht ein, wenn der Schuldner auf eine (vom Standpunkte des fraglichen Schuldverhältnisses aus betrachtet) entschuldbare Weise an die Verbindlichkeit nicht glaubt. Dann aber kommt es auch nicht darauf an, ob er sich zum Prozeß erbietet, und ob der Gläubiger den Prozeß anfängt.

Auch Marcians Ausspruch (D. XXII, 1, 32, 3), daß die mora ausgeschlossen ist, wenn der Gläubiger den Schuldner gemahnt hat, dann aber cum is sui potestatem faceret, omissa esset repetendi debiti instantia, wird gewöhnlich auf das Unterlassen der Klageerhebung bezogen[1]. Es kann aber auch ge-

---

[1] Mommsen, Beiträge z. Obligationenrecht III S. 322[4], Windscheid II § 281[4].

Digitized by Google

meint sein, daß der Gläubiger, nachdem sich der Schuldner eingestellt hat, ihn auch mit außergerichtlichem Dringen auf Bezahlung verschont. Unklar bleibt bei dem Satze Marcians, warum angenommen wird, es sei gar kein Verzug eingetreten und nicht vielmehr, der zunächst begründete Verzug sei beendigt worden, da doch zwischen der Mahnung und dem sui potestatem facere (von seiten des Schuldners) ein Zwischenraum liegt. Jedenfalls aber kann sachlich kein Zweifel darüber sein, daß Zurücknahme der Mahnung zur Beendigung des Verzuges geeignet ist; denn sicherlich erlauben die angeführten Stellen, dies zu schließen, obwohl sie es nicht unmittelbar sagen.

Bedenken erregt freilich ein Ausspruch Scävolas. Der gleiche Einfluß, den die einseitige Zurücknahme der Mahnung auf den Verzug hat, muß auch von einem Stundungsvertrage ausgehen. Nun sagt Scävola D. II, 14, 54: Si pactus sum, ne Stichum qui mihi debebatur petam, non intelligitur mora mihi fieri mortuoque Sticho puto non teneri reum qui ante pactum moram non fecerat. Versteht man die Stelle von einem Erlaßvertrage, auf den ihr Wortlaut zunächst zu gehen scheint, so will sie sich gar nicht schicken. Man sieht sich daher gedrängt, sie von einem Stundungsvertrage zu verstehen. Dann ist das Nächstliegende, anzunehmen, daß zwar der Schuldner, der vor der Stundung nicht in mora war, für den Fall des nach dem Paktum erfolgten Todes des Stichus nicht haftet, wohl aber derjenige, der vor dem Paktum bereits in Verzug geraten war. Das Paktum hätte also nach Seite der Gefahr die Wirkungen der mora nicht beseitigt. Diesem Ergebnis suchen die Ausleger mit verschiedenen Mitteln auszuweichen. So Fr. Mommsen[1], indem er in erster Linie annimmt, daß Scävola an den Tod des Sklaven zwischen Beginn der mora und Fristgewährung denkt, eventuell aber, daß die dem Juristen vorliegende Sache (zufällig) eine solche war, in der der Schuldner vor dem Paktum nicht in Verzug geraten war, die Entscheidung aber auch im entgegengesetzten Falle sich nicht ändern würde. Beide Erklärungen können kaum befriedigen. Schon die ältesten Ausleger, die Scholiasten der Basiliken, gehen in der Auffassung der Stelle (Bas. XI, 1, 53) weit auseinander. Ist sie textlich in Ordnung, so kann sie m. E. kaum anders denn als ein Rest der älteren Anschauung (vgl. Paul. D. XLV, 1, 91, 3)

[1] Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht III S. 329f1.

Digitized by Google

verstanden werden, welche eine purgatio morae überhaupt nicht anerkannte. Von diesem Standpunkte aus ist sie sogar verständlich, wenn man, worauf der Wortlaut drängt, sie von einem pactum de non petendo in perpetuum versteht. Sie würde dann für diesen Fall sagen, daß der Schuldner, der nicht vor dem Pactum in Verzug geraten ist, durch den Tod des Sklaven ipso iure befreit wird (non tenetur), während der vor dem Paktum in Verzug geratene ipso iure tenetur, vorbehaltlich der (exzeptiven) Wirkung des pactum de non petendo.

Wie dem aber auch sei, so scheint mir jedenfalls vom Standpunkte des BGB. aus nicht bezweifelt werden zu können, daß einseitige Zurücknahme der Mahnung (ebenso wie ein Stundungsvertrag) für die Zukunft den Verzug des Schuldners beendet. Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat (285). Ist nicht ein solcher Umstand auch der, daß der Gläubiger die Leistung nicht wünscht? Und muß man nicht sagen, daß, was für den Beginn des Verzuges gilt, auch für seine Fortsetzung maßgebend bleibt? Eine unmittelbare Entscheidung unserer Frage enthält das BGB. allerdings nicht; es schweigt über die Beendigung des Verzuges gänzlich. Auch die Motive behandeln die einseitige Zurücknahme der Mahnung nicht, sondern nur die vertragsmäßige Fristbewilligung (II S. 67). Daß mit ihr der Verzug endige, halten sie nur für viele, vielleicht für die meisten Fälle, für richtig. Mir erscheint es als eine unausweichliche Notwendigkeit. Zutreffend ist zwar die Ansicht der Motive, daß der Gläubiger sich bei Fristbewilligung die Fortdauer der strengeren Haftung des Schuldners vorbehalten kann. Dann gründet sich aber diese Haftung nicht auf Fortdauer des Verzuges, sondern auf eine davon unabhängige, bei jedem Schuldverhältnis mögliche Vereinbarung. Fristbewilligung unter Aufrechterhaltung des Verzuges wäre nur eine solche, bei welcher der Gläubiger auch ausbedingt, daß der Schuldner den vollen Schaden der weiteren Verzögerung tragen solle. Das ist aber keine Fristbewilligung mehr, sondern höchstens ein Versprechen der Verschonung mit Klage, welches von der Stundung bekanntlich durchaus verschieden ist.

Wie nach dem vorigen die Mahnung, so kann auch jede andere Erklärung, die Gehorsam für ein Recht auf fremdes Verhalten fordert, einseitig zurückgenommen werden, z. B. kann die Abmahnung des § 550 oder § 1053 mit der Wirkung

Digitized by Google

widerrufen werden, daß erst auf Grund der Nichtbefolgung einer erneuten Abmahnung zur Klage geschritten werden kann. Denn das ist selbstverständlich, daß die zurückgenommene Mahnung oder Abmahnung jederzeit wiederhergestellt werden kann, weil die Zurücknahme nicht den Verzicht auf das zugrunde liegende Recht enthält, sondern nur die Erklärung, von der Befriedigung desselben einstweilen absehen zu wollen.

IV.

Die aufgestellten Sätze erweisen sich fruchtbar auch zur Überwindung der Schwierigkeiten, welche sich in den nicht seltenen Fällen ergeben, in denen das BGB. jemandem eine Mehrheit von Rechten zur Wahl stellt. Die berühmtesten Erscheinungen dieser Art sind die, welche auf dem Boden der gegenseitigen Verträge bei der nachträglichen Unmöglichkeit einer Leistung oder dem Verzuge einer Partei erwachsen. Um klar zu sehen, ist es nötig, sich einen dieser Fälle mit den verschiedenen vom Gesetz dem Gläubiger gewährten Möglichkeiten genau zu vergegenwärtigen. Nehmen wir die vom Schuldner verschuldete gänzliche Unmöglichkeit einer Leistung. Die Rechte des Gläubigers in diesem Falle gestalten sich bekanntlich dahin:

1) Er kann Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, d. h. nach herrschender Ansicht: er kann sein Interesse an der unmöglich gewordenen Leistung gegen Entrichtung der vertragsmäßigen Gegenleistung verlangen. Nach anderer Ansicht kann er die Differenz verlangen zwischen seinem Vermögensstande, wie er bei Behalten der Gegenleistung und Nichtempfang der Leistung ist, und wie er sein würde, wenn Leistung und Gegenleistung ausgetauscht würden. Welche dieser beiden Auffassungen die richtige ist, kann hier dahingestellt bleiben.

2) Der Gläubiger kann vom Vertrage zurücktreten und die von ihm etwa bereits entrichtete Gegenleistung mit voller Haftung des Gegners für Verschulden usw. nach Maßgabe des § 347 zurückfordern.

3) Er kann das Verschulden des Gegners ungerügt lassen und die Rechte des § 323 geltend machen, d. h. er kann seine Gegenleistungspflicht verneinen und die etwa bereits erfolgte Gegenleistung nach den Grundsätzen von der ungerechtfertigten Bereicherung wiederfordern.

Digitized by Google

4) Hat der schuldige Teil an Stelle des Leistungsgegenstandes einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der nichtschuldige Teil Abtretung dieses Ersatzes oder Ersatzanspruches fordern, selbstverständlich aber nur gegen die Gegenleistung. Ist der Ersatz oder Ersatzanspruch an Wert der unmöglich gewordenen Leistung nicht gleich, so kann er an Schadensersatz fordern, worum der Schade den abgetretenen Ersatz oder Ersatzanspruch übersteigt. Dann hat er die ganze Gegenleistung zu entrichten; eine andere Auffassung, die Annahme eines Differenzanspruchs, ist in diesem Falle nicht möglich. Der unschuldige Teil kann aber auch, indem er wiederum das Verschulden des Gegners auf sich beruhen läßt, geltend machen, daß sich die Gegenleistung von selbst nach kaufmäßigen Grundsätzen insoweit gemindert hat, als der Wert des Ersatzes oder Ersatzanspruchs hinter dem Wert der unmöglich gewordenen Leistung zurückbleibt.

Wie steht es bei dieser Fülle von Möglichkeiten mit der verbindlichen Kraft der Entscheidung des Berechtigten für das eine oder das andere Recht? Planck[1] hat sich dafür ausgesprochen, daß nicht nur der Rücktritt, sondern auch das Verlangen des Schadensersatzes und die Berufung auf § 323 mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Interessen des Gegners als unwiderrufliche Erklärungen aufzufassen seien. Er hat Beifall gefunden, insbesondere von Kisch und Oertmann[2]. Ich habe schon früher dieser Auffassung widersprochen[3], der sodann auch Schollmeyer[4] und Crome[5] entgegengetreten sind. Die Frage wird, wie mir scheint, durch die Betonung des prinzipiellen Unterschiedes zwischen den grundsätzlich unwiderruflichen Erklärungen von rechtsgeschäftlichem Charakter und den grundsätzlich widerruflichen Erklärungen, welche nur Befriedigung eines Anspruchs fordern, einer sicherern Beantwortung entgegengeführt.

Unwiderruflich ist, wie früher bemerkt, der Rücktritt. Dies erklärt sich aus seiner rechtsgeschäftlichen Natur und den Wirkungen, die ihm zukommen. Das Verlangen des Schadens-

---

[1] Planck zu § 325 Anm. 2.

[2] Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen S. 158ff. Oertmann zu § 375 Anm. 4.

[3] Kipp zu Windscheid II § 321 S. 309ε.

[4] Schollmeyer zu § 325 Anm. 5.

[5] Crome, System II S. 183ff.

Digitized by Google

ersatzes dagegen ist das Verlangen der Erfüllung eines bestehenden Anspruchs, von dem nach den oben vertretenen Anschauungen der Berechtigte wieder Abstand nehmen kann. Es ist rein willkürlich, ihm den Charakter einer bindenden Wahl beizulegen. Der Sinn der Wahlerklärung bei der Alternativobligation ist: ich will diese Leistung und die andere nicht. Wer aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, hat im Zweifel nicht den Willen, sich des Rücktrittsrechts zu berauben, ohne Rücksicht auf den Erfolg seines Schadensersatzbegehrens. Ihm ist das Recht einzuräumen, von diesem Begehren abzugehen und seine Interessen auf jede ihm dienlich scheinende andere Weise zu verfolgen.

Allerdings, eine gewisse Schranke wird dem ius variandi mit Rücksicht auf Treu und Glauben zu ziehen sein. Aber ich glaube nicht, daß es zur Rechtfertigung des Abgehens vom Schadensersatzanspruch besonderer Umstände von der Art bedarf, wie sie Schollmeyer namhaft macht: der Schuldner, anstatt die Schadensersatzforderung zu befriedigen, vergeudet sein Vermögen und gefährdet dadurch die Bonität der Schadensersatzforderung. Es wird meines Erachtens das ius variandi einzig und allein dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner auf das Erfordern der Schadensersatzleistung diese sofort anbietet. Ein weiteres kann durch die Berücksichtigung von Treu und Glauben im Interesse des Schuldners nicht gerechtfertigt werden. Hat der Gläubiger Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erhoben, so darf nicht mit Crome und Schollmeyer gesagt werden, daß das rechtskräftige Urteil dem ius variandi ein Ziel setzt. Die Stellung, in die sich der Gläubiger durch die Klageerhebung bringt, ist folgende. Sobald die mündliche Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache begonnen hat, kann der Beklagte der Zurücknahme der Klage widersprechen (ZPO. 271). Würde der Kläger so unvorsichtig sein, auf den Schadensersatzanspruch zu verzichten, in der Absicht, nunmehr andere Rechte geltend zu machen, so würde der Beklagte ein abweisendes Urteil erzielen können (ZPO. 306), und es scheint mir unzweifelhaft, daß angesichts eines solchen der Kläger ebensowenig auf eines der andern Rechte greifen könnte, als wenn er außergerichtlich den Schadensersatzanspruch durch Erlaßvertrag beseitigt hätte. Will der Kläger im Prozesse vom Schadensersatzanspruch zur Kondiktion seiner Leistung auf Grund des § 323 oder zur Rückforderung auf Grund nun erklärten Rücktritts übergehen, so ist das

Digitized by Google

Klageänderung, die aber gemäß ZPO. 264 vom Beklagten nicht mehr absolut verhindert werden kann (Schollmeyer). Allein der Kläger kann auch im Laufe des Prozesses zurücktreten und die Abweisung seiner Klage als einer infolge des Rücktritts nunmehr unbegründeten über sich ergehen lassen, was der demnächstigen Geltendmachung der aus dem Rücktritte folgenden Ansprüche nicht entgegensteht. Ist der Beklagte zur Schadensersatzleistung rechtskräftig verurteilt, so ist meines Erachtens selbst dann noch der Kläger nicht gehindert, den Rücktritt zu erklären. Hierdurch erlischt der Anspruch auf Schadensersatz, und an seine Stelle treten die dem Rücktritt gemäßen Ansprüche. Es liegt darin ein einfacher Vorgang der Änderung der materiellen Rechtslage nach dem Urteil; dem Versuch der Vollstreckung hat der Beklagte durch Klage gemäß ZPO. 767 entgegenzutreten.

Entsprechendes wie von dem Schadensersatzanspruch gilt von dem Verlangen der Abtretung des Ersatzes oder Ersatzanspruchs, den der Schuldner in Händen hat. Hier ist zuvörderst zu beachten, in welchem Verhältnis dieses Verlangen zu dem Schadensersatzanspruch selbst steht. Und darüber ist glücklicherweise dem Gesetz eine sichere Entscheidung zu entnehmen. Wenn § 281 Abs. 2 BGB. bestimmt: „Hat der Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so mindert sich, wenn er von dem in Abs. 1 bestimmten Rechte Gebrauch macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs“, so ist damit nicht gemeint, daß der Gläubiger sich auf den Schadensersatzanspruch anrechnen lassen muß den Wert des Ersatzes oder Ersatzanspruchs, den der Schuldner erlangt hat, sondern der Gläubiger muß sich anrechnen lassen den Wert, den er, der Gläubiger, durch Abtretung seitens des Schuldners erlangt hat. Damit steht fest, daß die Minderung des Schadensersatzanspruchs nicht durch das Verlangen nach dem Surrogat, sondern erst durch die Erfüllung dieses Verlangens eintritt. Treu und Glauben verlangen auch durchaus nicht, daß der Schuldner, der das Verlangen des Gläubigers unerfüllt gelassen hat, sich nachher auf jenes Verlangen sollte berufen können. Treu und Glauben verlangen nur, daß der Gläubiger nicht zurückspringt, wenn der Schuldner das verlangte Surrogat sofort anbietet. Den letzten Satz könnte man unmittelbar durch Hinweis auf die Rechtsregeln über den Vertragsantrag stützen wollen. Allein man kann in dem

Digitized by Google

ausgesprochenen Verlangen des Gläubigers nach Abtretung des Surrogats einen Vertragsantrag nicht erblicken. Man würde auch bei Anwendung jener Vorschriften zu einem nicht wohl annehmbaren Ergebnis kommen. Denn der Vertragsantrag erlischt, wenn er nicht rechtzeitig angenommen wird, von selbst in der Art, daß er nicht mehr angenommen werden kann. In unserem Falle aber wird man nicht sagen wollen, daß das Verlangen der Abtretung des Ersatzes von selbst erlischt, wenn es eine Zeitlang unerfüllt geblieben ist, sondern man kann nur behaupten, daß es in diesem Falle widerrufen werden kann. Genau ebenso ist für den umgekehrten Fall zu entscheiden, den Fall nämlich, daß der Gläubiger zuerst Schadensersatz fordert und dann Abtretung des Ersatzes oder Ersatzanspruchs begehrt. Das Recht hierzu ist ihm zuzusprechen, wenn nicht der Schuldner auf das Schadensersatzverlangen hin sofort den Schadensersatz anbietet. Nicht anders aber ist auch das Verhältnis des Anspruchs auf Abtretung des Ersatzes zu den übrigen Rechten des Gläubigers zu bestimmen. Nur die sofortige Abtretung gemäß dem gestellten Verlangen schneidet dem Gläubiger das Rücktrittsrecht ab und weist ihn darauf an, den etwaigen weitergehenden Schadensersatz nachzufordern oder wegen Minderwertigkeit des erlangten Ersatzes die Minderung der Gegenleistungspflicht geltend zu machen.

Nun aber bedarf noch der Beantwortung die Frage, inwiefern die Berufung des Berechtigten auf § 323 ihn bindet. Wir denken dabei zunächst an die Berufung auf das Erlöschen der Leistungspflicht. Hier ist ein doppeltes Verhältnis ins Auge zu fassen, nämlich zu dem Schadensersatzanspruch und zu dem Rücktritt. Ich habe früher angenommen, daß die Berufung auf § 323 den Schadensersatzanspruch ohne weiteres ausschließe. Das läßt sich aber nur aufrecht erhalten für den Fall, daß der Berechtigte seinerseits aus dem Vertrage noch nicht geleistet hat. Denn in diesem Falle kann die Berufung auf § 323 niemals ohne praktischen Erfolg sein. Zugleich ist zu beachten, daß die Berufung auf das Erlöschen der Leistungspflicht und der Rücktritt, wenn der Berechtigte noch nichts geleistet hat, auf ein und dasselbe hinauslaufen. Hat aber der Berechtigte seine Leistung aus dem Vertrage bereits bewirkt, so gestaltet sich die Berufung auf § 323 zu dem Verlangen der Rückleistung nach Maßgabe der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung. An dieses Verlangen

Digitized by Google

ist der Berechtigte nur bei sofortigem Erbieten des Gegners zur Erfüllung gebunden. Andernfalls kann der Berechtigte auf die Rüge des Verschuldens des Gegners zurückkommen und nun entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, oder zurücktreten und die Rückgewähr seiner Leistung in der strengeren Art des § 347 verlangen.

Von den aufgestellten Prinzipien: grundsätzliche Unwiderruflichkeit rechtsgeschäftlicher Erklärungen, grundsätzliche Widerruflichkeit gehorsamfordernder Erklärungen in Ermangelung sofortigen Gehorchens des Gegners ist auch in andern Fällen bei Prüfung der Frage auszugehen, inwiefern ein auf die Ausübung des einen Rechts gerichteter Schritt geeignet ist, den Berechtigten eines zweiten Rechts zu berauben. Unter Umständen greifen besondere Vorschriften ein. Aber selbst dann ist die Hilfe jener allgemeinen Sätze nicht selten willkommen. Wenn der Gläubiger die Leistung des Geschuldeten verlangt, so vergibt er seinem Rechte auf die wegen Nichtleistung geschuldete Vertragsstrafe nichts, während das einmalige Verlangen der Vertragsstrafe das Recht auf Erfüllung vernichtet (340). Man muß aber behaupten, daß der Gläubiger, der Erfüllung verlangt, die daraufhin sofort angebotene Erfüllung auch annehmen muß.

Wenn die Leistung im Falle des Verzuges für den Gläubiger kein Interesse hat, so kann er nach § 286 BGB. unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Hat ein Gläubiger nach Beginn des Verzuges noch die Erfüllung verlangt, aber nicht erhalten, so kann er ungehindert unter Berufung auf sein mangelndes Interesse die Leistung noch ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Gleichgültig ist dabei, ob die Umstände, aus denen er den Mangel seines Interesses an der Leistung ableitet, zur Zeit des Verlangens der Leistung schon vorlagen oder nicht, dem Gläubiger bekannt oder unbekannt waren. Der Gläubiger kann, auch wenn er jene Umstände kennt, sich mit der Erfüllung zufriedengeben wollen; aber nichts berechtigt den Schuldner, den Gläubiger dabei festzuhalten, wenn er nicht sofort das Verlangte geleistet hat. Umgekehrt bindet den Gläubiger das Verlangen des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nicht, wenn nicht sofort der Schadensersatz geleistet wird; der Gläubiger kann vielmehr, wenn die sofortige Leistung ausbleibt, die Behauptung mangelnden Interesses an der Erfüllung jederzeit fallen lassen und auf Erfüllung bestehen.

Digitized by Google

Ebenso ist im Falle der Verletzung einer Person oder der Beschädigung einer Sache sowohl das Verlangen der Herstellung, wie das des dazu erforderlichen Geldbetrages (249) für den Gläubiger nicht verbindlich, wenn nicht der Schuldner sofort die verlangte Leistung anbietet.

Allgemein kann im Falle der Schadensersatzpflicht der Gläubiger dem Verpflichteten eine angemessene Frist zur Herstellung bestimmen mit der Erklärung, daß er die Herstellung nach dem Ablauf der Frist ablehne (250). Erst der fruchtlose Ablauf der Frist ruft hier den Anspruch auf Geldersatz ins Leben und vernichtet den Anspruch auf Herstellung. Während Laufes der Frist ist der Gläubiger nicht daran gehindert, den Anspruch auf Herstellung zu verfolgen. Der siegreiche Kläger, der die Erfüllung des Urteils verlangt oder die Zwangsvollstreckung eingeleitet hat, ist damit selbstverständlich nicht der Möglichkeit beraubt, gemäß § 283 eine Frist zur Erfüllung des Urteils zu bestimmen mit der Erklärung, daß er die Annahme der Erfüllung nach Ablauf der Frist ablehne. Nimmt der Gläubiger die Fristsetzung vor, so liegt darin keineswegs eine Stundung bis zum Ablauf der Frist oder die Einräumung der freien Wahl, ob der Schuldner innerhalb der Frist erfüllen oder nach Ablauf der Frist Schadensersatz in Gelde leisten wolle; der Gläubiger kann während Laufes der Frist Zwangsvollstreckung aus dem Urteil betreiben. Im Falle des Verzuges einer Partei im gegenseitigen Vertrage ist die andere Partei, wenn sie zur Fristsetzung gemäß § 326 geschritten ist, ebenfalls nicht darauf angewiesen, das Ergebnis geduldig abzuwarten, sondern sie kann während Laufes der Frist alle Schritte zur Beitreibung der geschuldeten Leistung tun; erst nach Ablauf der Frist ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen. Die einmal gesetzte Frist kann aber der Gläubiger nicht mehr einseitig zurücknehmen. Er kann nichts daran ändern, daß sein Anspruch mit fruchtlosem Ablauf der Frist in einen Anspruch auf Geldersatz umschlägt (woneben im Falle des § 326 noch das Rücktrittsrecht steht). Die Fristsetzung ist ein Rechtsgeschäft, eine ihrem Inhalt zufolge bedingt rechtsändernde Erklärung, wenn auch die Rechtsfolgen, die sie herbeiführt, nur in einer etwas verschleierten Form, der Androhung der Ablehnung der Leistung, zum Ausdrucke kommen.

Digitized by Google

V.

Wir sind davon ausgegangen, daß die ihrem Inhalt nach nur gehorsamfordernden Erklärungen grundsätzlich von dem Berechtigten für die Zukunft zurückgenommen werden können. Diesen Erklärungen ist antiparallel die gehorsamweigernde Erklärung des Einredeberechtigten, auch sie kann beliebig abgegeben und zurückgenommen werden.

Wir wissen, daß das BGB. den bisherigen Begriff der Einrede im materiellen Sinne des Worts festhalten und ihn nur schärfer ausprägen wollte, indem es die Einrede als ein Recht konstruierte, die Leistung zu verweigern. Die gemeine Meinung geht nun gewiß dahin, daß die außergerichtliche Geltendmachung einer Einrede keinerlei rechtsverändernden Charakter hat. Sie ist anzusehen als die Ausübung des Weigerungsrechts, wie die Mahnung Ausübung des Anspruchs ist. Der Einredeberechtigte kann sich der Erfüllung weigern, so oft sie von ihm verlangt wird; er kann im voraus aussprechen, daß er sich weigern werde, wenn dieses Verlangen an ihn herantreten sollte; aber der Anspruch besteht als ein einredebehafteter wie zuvor, mag der Einredeberechtigte sich noch so oft geweigert haben, ihm gerecht zu werden. Dem gegenüber ist neuerdings die Ansicht verfochten worden, daß die einmalige, wenn auch außergerichtliche Verweigerung der Leistung auf Grund einer peremtorischen Einrede den Anspruch anfechtungsgleich mit rückwirkender Kraft vernichte. Für die gerichtliche Geltendmachung der Verjährungseinrede hatte schon Heymann[1] vom Standpunkte des früheren Rechtes aus Ähnliches behauptet. Hölder[2] hat in seinem Kommentar für alle peremtorischen Einreden und auch für deren außergerichtliche Geltendmachung die bezeichnete Auffassung scharf formuliert. Vor allem hat sie Hellwig[3] wiederholt eingehend verteidigt. Hölder[4] aber hat sie in einer Kritik von Hellwigs Anspruch und Klagerecht für die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede ebenso scharf verworfen,

---

[1] Heymann, Das Vorschützen der Verjährung, Breslau 1895 (bes. S. 154 ff.).

[2] Hölder, Allgem. Teil S. 406 f.

[3] Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 11 ff. Lehrb. d. Zivilprozessr. I S. 248 ff.

[4] Hölder, Zeitschr. f. deutsch. Zivilproz. XXIX S. 72 ff. S. auch denselben Arch. f. zivil. Prax. LXXXXIII S. 74.

Digitized by Google

wie er sie früher hingestellt hatte. Neuestens ist auch Siber[1] in eingehender Ausführung gegen Hellwig aufgetreten.

Hellwig glaubt seine Auffassung in den Motiven des ersten Entwurfs zum BGB. wieder zu finden. Dabei ist aber ein Auslegungsversehen untergelaufen. An der fraglichen Stelle der Motive (II. S. 882) ist davon die Rede, daß die condictio indebiti auch dann begründet ist, wenn der Schuldner auf eine Forderung geleistet hat, der eine peremtorische Einrede entgegenstand. Die Motive sagen dazu:

„Die mit einer peremtorischen Einrede behaftete Forderung ist, wenn der Schuldner die Einrede dem Gläubiger gegenüber geltend macht, so anzusehen, als ob sie nie bestanden hätte."

Dabei ist das Präsens höchst charakteristisch. Um im Sinne Hellwigs verwertet werden zu können, müßte der Passus dahin gefaßt sein: Wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber die Einrede einmal geltend gemacht hat, so ist die Forderung anzusehen, als hätte sie nie bestanden. Das aber steht eben nicht da, und damit entfällt die Beweiskraft der Stelle für Hellwigs Anschauung. Es wäre auch sehr sonderbar, wenn die Motive im zweiten Bande die Auffassung Hellwigs hätten proklamieren wollen, nachdem sie am Sitze der Materie im ersten Bande (S. 360) eine durchaus entgegengesetzte Auffassung vertreten hatten. Sie stellen dort zwar das Anfechtungsrecht mit dem Einrederecht in Vergleichung, fügen aber hinzu:

„Das letztere unterscheidet sich von dem ersteren dadurch, daß die Anfechtung ein einseitiges, den Anfechtenden bindendes Rechtsgeschäft ist, welches sowohl im Prozesse wie außerhalb desselben erfolgen kann, sowie dadurch, daß mit der Anfechtung der Anspruch aufgehoben ist, während die Einrede nur im Prozesse mit Erfolg geltend gemacht werden kann und sich nicht gegen den Bestand des Anspruchs, sondern nur gegen dessen Durchführung richtet."

Die von Hellwig verteidigte Möglichkeit, den Anspruch durch außergerichtliche Geltendmachung der Einrede zu vernichten, wird also von den Motiven so deutlich wie möglich geleugnet. Hiermit ist die Sache natürlich keineswegs abgetan, um so weniger, als die Motive darin unzweifelhaft irren (oder wenigstens auf die Gestaltung der Einrede im BGB. nicht passen), daß sie die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede überhaupt nicht als rechtlich erheblich ansehen.

---

[1] Siber, der Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903 S. 143ff.

Digitized by Google

Die Ausdrucksweise, deren sich das Gesetz zur Umschreibung der peremtorischen Einrede bedient, ist: Einrede, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird (813. 886 usw.). Hellwig (Zivilprozeß I S. 151) legt dies dahin aus, daß durch den Gebrauch der Einrede die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen werde; allein mir scheint, wenn irgend etwas, so das sicher zu sein, daß das Gesetz der bloßen Existenz des Einrederechts diese Funktion beilegt. Durch den Gebrauch der Einrede soll ja auch nach Hellwigs eigener Meinung nicht die Geltendmachung des Anspruchs ausgeschlossen, sondern dieser selbst vernichtet werden und zwar rückwirkend. Die Redeweise des Gesetzes stimmt also mit Hellwigs Ansicht in keinem Falle überein. Im § 2318 BGB. findet Hellwig (S. 253) eine Bestätigung seiner Ansicht insofern, als dort als Inhalt einer Einrede bestimmt werde, der Schuldner könne seine Schuld kürzen, d. h. teilweise aufheben. Diese Auslegung ist aber ohne Grund; kürzen heißt dort nichts als: die Erfüllung teilweise verweigern.

Hellwigs wesentlichster Grund ist dem Prozeßrecht entnommen. Hellwig sagt (Zivilprozeß S. 249): wenn die peremtorische Einrede im Prozesse geltend gemacht wird, so ist der Erfolg die Abweisung der Klage in der Sache selbst. Das ist aber die Feststellung, daß der Anspruch nicht besteht. Also muß die Abweisung aus dem materiellrechtlichen Grunde erfolgen, daß durch die Leistungsverweigerung der Anspruch aufgehoben ist. Und was für die gerichtliche Leistungsverweigerung gilt, das muß auch für die außergerichtliche gelten: sie muß den Anspruch vernichten. Dieser Argumentation kann nicht beigetreten werden. Das klagabweisende Urteil, welches bei Geltendmachung der Einrede ergeht, ist zunächst doch nur die Zurückweisung des Antrages auf Erlaß eines staatlichen Leistungsbefehls zur Durchführung des behaupteten Anspruchs. Der Prozeß hat für das Gebilde des bestehenden, aber durch Einrede gehemmten Anspruchs kein selbständiges Organ. Der nicht entstandene, der untergegangene Anspruch und der Anspruch, dem der Beklagte kraft Einrederechts den Gehorsam verweigern kann und verweigert, stehen vielmehr im prozessualen Endergebnis einander mit Notwendigkeit gleich. Wenn es privatrechtlich einen Sinn hat, zwischen einem nicht vorhandenen und einem einredebehafteten Anspruch zu unterscheiden — das BGB. geht hiervon unzweifelhaft aus — und wenn dieser Unterschied im Prozesse sich insofern geltend macht, als der Richter die Ein-

Digitized by Google

rede nur berücksichtigen darf, wenn der Beklagte dies als seinen Wunsch zu erkennen gibt — dies ist die Grundanschauung des BGB., die für unsern Zweck nicht weiter zu kritisieren ist — so besteht doch für das Urteil nur ein Entweder—Oder. Entweder der staatliche Befehl zur Bezahlung von 1000 Mk. ergeht, oder er ergeht nicht. Ihn zu erlassen unter Vorbehalt des Rechts der Gehorsamsverweigerung auf Grund eines Weigerungsrechts, das im Prozesse geltend gemacht werden konnte und geltend gemacht ist, wäre gar zu unzweckmäßig, als daß das Recht sich darauf einlassen sollte. Die Vorbehaltsurteile, die unser Zivilprozeß kennt, beruhen auf dem Ausschluß der vorbehaltenen Verteidigungsmittel aus dem dem Urteil vorangehenden Verfahren. Ist die Klage auf Grund der peremtorischen Einrede abgewiesen und das Urteil rechtskräftig, so steht der erneuten Geltendmachung des Anspruchs die Rechtskraft des Urteils entgegen, nicht weil feststeht, daß der Anspruch durch Erhebung der Einrede untergegangen ist — wie Hellwig will —, sondern vielmehr ohne daß darnach zu fragen ist, ob die Abweisung wegen Nichtentstehung, wegen Unterganges oder wegen einer geltend gemachten peremtorischen Einrede erfolgt ist. Wenn aber nach der Organisation des Prozesses das Nichtleistenmüssen und das Zwarleistenmüssen aber Sichweigernkönnen bei der Leistungsklage im Ergebnis notwendig auf dasselbe hinausläuft, so beweist das nichts in bezug auf die Bedeutung außergerichtlicher Leistungsweigerung. Es ist und bleibt eben ein großer Unterschied, ob auf die Leistungsweigerung ein rechtskräftiges Urteil zu ungunsten des Anspruchs erfolgt ist oder nicht. Das Endgültige, das der Sache im Falle der rechtskräftigen Abweisung auf Grund der Geltendmachung einer Einrede anhaftet, ist Folge der Rechtskraft des Urteils, nicht der einmaligen Geltendmachung der Einrede.

Hellwig (Zivilpr. S. 252) zieht aus seiner Auffassung auch die Folgerung, daß der Schuldner, dem eine peremtorische Einrede zusteht, nachdem er einmal die Leistung verweigert hat, auf Feststellung der Nichtleistung des Anspruchs klagen könne. Ich glaube statt dessen mit Siber, daß der Schuldner, mag er die Leistungsweigerung schon ausgesprochen haben oder nicht, sein Einrederecht — und nichts weiter — gerichtlich feststellen lassen kann.

Die Ausübung des Einrederechts, die Weigerung, ist, wir wiederholen es, jederzeit frei widerruflich. Wer sich heute

Digitized by Google

der Erfüllung geweigert hat, kann morgen die Weigerung fallen lassen, wie derjenige, der heute gemahnt hat, morgen die Annahme der Leistung ablehnen kann. Fraglich kann sein, inwieweit die Weigerung der ausdrücklichen Bezugnahme auf das Einrederecht überhaupt bedarf. Hier ist grundsätzlich davon auszugehen, daß die Rechtsausübung von richtigen Vorstellungen über den Grund des Rechts nicht getragen zu sein braucht, noch weniger der Berechtigte die richtigen Gründe für sein Recht anführen muß. Wer mahnt, muß nur das Forderungsrecht individuell erkennen lassen, aus dem er mahnt, aber es ist gleichgültig, ob er es richtig begründet. Für die Geltendmachung der Einrede ist nichts weiter erforderlich, als daß kein Zweifel darüber ist, gegen welches Ansinnen die Weigerung sich richtet — und solcher Zweifel wird regelmäßig vollständig ausgeschlossen sein — nicht aber ist erforderlich, daß die Weigerung auf einen Einredegrund, und zwar den richtigen, ausdrücklich gestützt wird. Daß das BGB. von dieser Anschauung ausgeht, wird meines Erachtens dadurch bewiesen, daß nirgends von dem Einredeberechtigten verlangt wird, daß er „aus diesem Grunde" die Leistung zu verweigern habe, während in den Fällen der Zurückweisung einer gegnerischen Erklärung wegen gewisser Mängel (111. 174. 1160) mit jenen Worten die ausdrückliche Bezugnahme auf den Zurückweisungsgrund verlangt wird. Es wird nicht behauptet, daß hierin ein Unterschied der Einrede gegenüber der Anfechtung liegt. Denn auch die Anfechtung verlangt nichts weiter, als daß der Anfechtungsberechtigte den Willen zu erkennen gibt, das angefochtene Rechtsgeschäft nicht gelten zu lassen; es ist nicht nötig, daß er dies zutreffend begründet. Jedenfalls aber liegt darin ein großer Unterschied der Geltendmachung einer Einrede gegenüber der Anfechtung, daß jene nicht wie diese ein — einseitiges, empfangsbedürftiges — Rechtsgeschäft ist. Die Vollmacht zum Einkassieren müßte nicht notwendig die Vollmacht zum Anhören der Leistungsweigerung einschließen, wenn diese ein Rechtsgeschäft wäre. Und doch wird niemand bezweifeln, daß der einredeberechtigte Schuldner unter allen Umständen sich rechtmäßig der Leistung demjenigen gegenüber weigert, der die Forderung geltend zu machen bevollmächtigt ist.

Wie fern das BGB. der Theorie Hellwigs steht, geht deutlich aus einer Reihe von Vorschriften hervor, die freilich Hellwig als eine Bestätigung des von ihm vertretenen Rechtsge-

Digitized by Google

dankens ansieht, deren Beweiskraft gegen Hellwig aber schon Siber zutreffend hervorgehoben hat. Nach § 886 BGB. kann derjenige, dessen Grundstück oder dessen Recht von einer Vormerkung betroffen ist, von dem Gläubiger die Beseitigung der Vormerkung verlangen, wenn ihm eine peremtorische Einrede zusteht. Nach Hellwig könnte der Belastete dem Berechtigten gegenüber sich einmal außergerichtlich weigern, den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch zu erfüllen; dann wäre dieser Anspruch erloschen, und es wäre ganz selbstverständlich, daß die Beseitigung der Vormerkung verlangt werden könnte. Daß dies Verlangen berechtigt ist, wenn der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nicht besteht, spricht das Gesetz nirgends aus; für des Ausdrucks bedürftig sieht es nur an, daß die Beseitigung der Vormerkung verlangt werden kann, wenn der Anspruch zwar besteht, aber eine peremtorische Einrede gegen ihn begründet ist. Das Gesetz handelt hier vom Standpunkte der einmal angenommenen Einredetheorie aus ganz folgerichtig; aber es hätte nicht so handeln können, wenn es der Ansicht gewesen wäre, daß durch einmalige Leistungsweigerung der einredebehaftete Anspruch zu einem nichtexistierenden würde. Denn in diesem Falle wäre die Vorschrift des § 886 nicht nur überflüssig, sondern irreführend, eine Verschleierung der wahren Ansicht des Gesetzes von der Geltendmachung der Einrede. In gleicher Art widerspricht der Theorie Hellwigs auch § 1254 BGB. Es wäre vom Standpunkte Hellwigs aus nicht nötig, den Verpfänder zu ermächtigen, daß er auf Grund peremtorischer Einrede die Herausgabe des Pfandes verlangen kann, woraus dann die Vernichtung des Pfandrechts folgt (1253), sondern ihm wäre einfach zu sagen: vernichte durch Leistungsweigerung die Pfandforderung und damit das Pfandrecht (1252) und fordere dann die Sache zurück, weil das Pfandrecht erloschen ist.

Freilich glaubt Hellwig (Zivilprozeß I S. 253) von seinem Standpunkte aus die besprochenen Vorschriften als berechtigte verteidigen zu können. Er sieht ihre Besonderheit darin, daß der Einredeberechtigte nicht zu warten brauche, bis die Leistung gefordert werde, sondern vielmehr sofort die Rechtsfolgen geltend machen könne, die auf Grund des Gebrauchs der Einrede entstehen, während im allgemeinen die Einrede erst geltend gemacht werden könne, wenn die Leistung gefordert werde. Die Möglichkeit dieses Auswegs ist zuzugeben, obwohl, wenn man die Geltendmachung

Digitized by Google

der Einrede anfechtungsartig auffaßt, nicht recht einzusehen ist, weshalb der Schuldner nicht grundsätzlich imstande sein sollte, die Vernichtung des Anspruchs auch ohne dessen vorherige Geltendmachung herbeizuführen. Hellwig glaubt (Zivilprozeß I S. 248 f.), daß trotz Existenz eines Einrederechts vor wirksamer Geltendmachung der Einrede der Anspruch seine gewöhnliche Wirksamkeit entfalte, die Mahnung Verzug begründe, die Vertragsstrafe verfalle, die Ausübung eines wegen des Anspruchs zustehenden Wahlrechts wirksam sei usw., nur werde dies alles mit wirksamer Geltendmachung der Einrede rückwirkend vernichtet. Nach meiner Ansicht ist das sicherlich unzutreffend; es kann, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegensteht, wie schon im gemeinen Recht, Verzug nicht eintreten und Vertragsstrafe nicht verfallen. Aber wenn Hellwigs Ansicht richtig wäre, so würde Verzug trotz Existenz eines Einrederechts bei Eingreifen des § 284 Abs. 2 auch ohne Mahnung begründet werden, und ebenso die — vom Verzuge abhängige (339) — Vertragsstrafe verfallen. Auch müßte trotz eines Einrederechts das Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung (360, 361) begründet werden. Wenn nun der Gläubiger die Vertragsstrafe wegen Nichterfüllung forderte oder zurücktreten wollte, ohne jemals die Leistung selbst gefordert zu haben, so würde Hellwig sicherlich zugeben, daß der Schuldner sich durch Geltendmachung der Einrede gegen solche Folgen wehren könnte. Er hätte damit aber zugegeben, daß die Geltendmachung der Einrede ohne Einforderung der Leistung immer möglich ist, wenn das Interesse des Schuldners es verlangt, und zwar ohne daß das Gesetz dies sagt; es bliebe also immerhin auffällig genug, daß in den §§ 886, 1254 das BGB. dahingehende besondere Vorschriften aufstellte.

Jedenfalls aber ist § 1169 BGB. mit Hellwigs Theorie auf keine Weise zu vereinigen. Auf Grund peremtorischer Einrede gegen die Hypothek kann verlangt werden, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, die dann nach § 1168 an den Eigentümer fällt. Das Gesetz gewährt hier dem Einredeberechtigten zweifellos weniger, als es ihm nach Hellwigs Ansicht gewähren müßte. Nach jener Ansicht müßte durch einmalige Leistungsweigerung die Hypothekforderung erlöschen und zwar mit Rückwirkung auf die Zeit der Begründung der Einrede. Von da an müßte nach § 1163 die Hypothek als dem Eigentümer zustehend betrachtet werden. So ist es aber im Falle der peremtorischen Einrede nach Inhalt des

Digitized by Google

Gesetzes zweifellos nicht, sondern die Hypothek fällt erst vom Augenblick des Verzichts an den Eigentümer.

Zutreffend macht Siber weiter geltend, daß die Ansprüche auf Aufhebung eines Anspruchs, dessen Erlangung eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt, oder der durch unerlaubte Handlung erlangt ist (812, 853), vom Standpunkte Hellwigs aus nicht berechtigt sein würden. Denn da gegen derartige Ansprüche der Schuldner eine Einrede hat (821, 833), so müßte er nach Hellwig im stande sein, jene Ansprüche selbst durch einmalige Weigerung der Erfüllung zu vernichten. Hellwig könnte freilich die Gewährung des Aufhebungsanspruchs wiederum damit begründen, daß die Vernichtung des Anspruchs durch Leistungsweigerung die vorherige Einforderung der Leistung voraussetze. Es ist aber schon oben ausgeführt, daß diese Annahme in sich unhaltbar wäre.

Noch läßt sich folgendes hinzufügen: Im § 2083 bestimmt das BGB., daß, wenn eine anfechtbare letztwillige Verfügung eine Verpflichtung begründet (Vermächtnis, Auflage), der Verpflichtete die Erfüllung auch dann verweigern kann, wenn er die Anfechtungsfrist (2082) versäumt hat. Wäre die Leistungsweigerung gleich der Anfechtung geeignet, den Anspruch rückwirkend zu vernichten, so wäre jene Bestimmung höchst seltsam; denn das Gesetz hätte dann besser getan, auszusprechen, daß das Recht der Anfechtung einer auf letztwilliger Verfügung beruhenden Verpflichtung überhaupt an keine Frist gebunden ist. Es hätte weiterhin keinen Anlaß gehabt, die Anfechtung einer Auflage ausschließlich an die Adresse des Nachlaßgerichts zu verweisen (2081 Abs. 3), wenn es von der Ansicht ausgegangen wäre, daß die — einem Auflageberechtigten gegenüber erklärte — Leistungsweigerung in der Wirkung der Anfechtung gleichstehen sollte.



Digitized by Google

OTTO LIEBMANN, Verlagsbuchhandlung, BERLIN W.

DER ENGLISCHE AKTIENSCHEIN (SHARE CERTIFICATE). Von Dr. **Ernst Schuster,** Barrister-at-Law zu London.

EIN PROTEST GEGEN DEN WECHSELPROTEST. Von Justizrat Dr. **Josef Stranz** zu Berlin.

BETRACHTUNGEN ÜBER BILANZEN UND GESCHÄFTSBERICHTE DER AKTIENGESELLSCHAFTEN AUS ANLASS NEUERER VORGÄNGE. Von Dr. **Herman Veit Simon,** Justizrat in Berlin.

DAS VERWALTUNGSSTRAFRECHT IM VERHÄLTNIS ZUR MODERNEN STAATS- UND RECHTSLEHRE. Von Dr. **James Goldschmidt,** Privatdozenten an der Universität, Gerichtsassessor zu Berlin.

RICHARD EDUARD KOCH. Von Geh. Oberfinanzrat Dr. **von Glasenapp** zu Berlin.

Hiervon erschienen folgende Abhandlungen als

Sonderausgaben:

ZUR GESCHICHTE DER JURISTISCHEN GESELLSCHAFT ZU BERLIN. Von Dr. **Hugo Neumann,** Rechtsanwalt b. Kammergericht, Berlin. M. 1.20.

SOZIALE UND WIRTSCHAFTLICHE AUFGABEN DER ZIVILPROZESSGESETZGEBUNG. Von Dr. **Felix Vierhaus,** Geh. Oberjustizrat und vortr. Rat im preuß. Justizministerium, ordentl. Honorarprofessor zu Berlin. M. 1.—.

RECHTSWAHRNEHMUNG UND REURECHT. Von Dr. **Th. Kipp,** ord. Professor an der Universität Berlin. M. 1.—.

DAS RECHT ZUM BESITZE. Von Dr. **Martin Wolff,** a. o. Professor an der Universität Berlin. M. 1.—.

ZUR AUFSICHTSRATSFRAGE. Von Dr. **Riesser,** Geh. Justizrat, Bankdirektor zu Berlin. M. 1.20.

EIN PROTEST GEGEN DEN WECHSELPROTEST. Von Justizrat Dr. **Josef Stranz** zu Berlin. M. 1.20.

BETRACHTUNGEN ÜBER BILANZEN UND GESCHÄFTSBERICHTE DER AKTIENGESELLSCHAFTEN AUS ANLASS NEUERER VORGANGE. Von Dr. **Herman Veit Simon,** Justizrat in Berlin. M. 1.20.

DAS VERWALTUNGSSTRAFRECHT IM VERHÄLTNIS ZUR MODERNEN STAATS- UND RECHTSLEHRE. Von Dr. **James Goldschmidt,** Privatdozenten an der Universität, Gerichtsassessor zu Berlin. M. 1.—.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen sowie direkt vom Verlage.

Digitized by Google

OTTO LIEBMANN, Verlagsbuchhandlung, BERLIN W.

DEUTSCHE JURISTEN-ZEITUNG.

Begründet von

Dr. Laband, Professor. **Dr. Stenglein,** † Reichsgerichtsrat a. D. **Dr. Staub,** Justizrat.

Erscheint jeden 1. und 15. Vierteljährlich M. 3.50.
Frühere Jahrgänge auch elegant gebunden à M. 16.—.

Probenummern und Prospekte gratis.

Die **„Deutsche Juristen-Zeitung“**, längst das verbreitetste juristische Organ, ist nach Inhalt, Zweck und Charakter ein Fachblatt großen Stils. Als Zentralblatt für den gesamten deutschen Juristenstand ist sie im Vergleich zu den Fachzeitschriften eine Zeitung, im Vergleich zu den Tageszeitungen ein Fachblatt. Sie läßt keine irgendwie für den Juristenstand wichtige oder interessante Frage unerörtert; sie beschäftigt sich mit allen juristischen Tagesfragen, Gesetzesvorlagen und den Entscheidungen aus dem Gesamtgebiete der Rechtswissenschaft, des Verwaltungsrechts und der angrenzenden Disziplinen und bietet somit einen Überblick über die fortschreitende Entwicklung dieser Materien.

Die **„Deutsche Juristen-Zeitung“** hat abermals eine erhebliche Erweiterung erfahren durch die

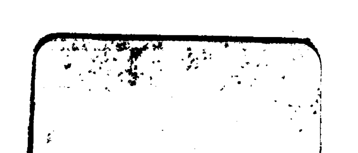
Spruchsammlung der Deutschen Juristen-Zeitung.

Diese umfangreiche, für Praxis und Studium bestimmte besondere Beilage, welche in gedrängter Kürze eine Zusammenstellung der Entscheidungen des Reichsgerichts, des Kammergerichts, des Bayrischen Obersten Landesgerichts und der Oberlandesgerichte aus ca. 30 Zeitschriften und Sammlungen enthält, wird jedes Jahr fortgesetzt, steht aber nur den Abonnenten gratis zur Verfügung. Einzeln ist sie nicht käuflich.

Abonnements: Buchhandlungen, Postanstalten, Verlag.

Druck von Breitkopf & Härtel in Leipzig.

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google